

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### Faut-il insérer une définition de l'écrit dans le Code civil ?

Mougenot, Dominique

*Published in:*  
Ubiquité

*Publication date:*  
2000

*Document Version*  
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*

Mougenot, D 2000, 'Faut-il insérer une définition de l'écrit dans le Code civil ?', *Ubiquité*, Numéro 7, p. 121-128.

#### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

#### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

# Faut-il insérer une définition de l'écrit dans le Code civil ?

Dominique MOUGENOT\*

Le Code civil, pas plus qu'une autre loi, ne contient de définition de l'écrit.<sup>1</sup> Dans le Répertoire Notarial, l'auteur reprend la notion classique : « l'écrit est la représentation lisible du langage ou de la pensée au moyen de graphismes »<sup>2</sup>. Cette définition fait clairement référence à l'écrit au sens courant du terme : apposé sur un papier ou tout autre support permettant l'apposition de caractères alphabétiques manuscrits ou imprimés (carton, bois, métal, pierre...). Or le développement de l'informatique a amené la diffusion croissante d'informations sur support magnétique (disquettes, disques durs, cartes magnétiques...), électroniques (cartes à puces) ou optonumériques (CD Rom ou DVD...). Ces documents rentrent mal dans les limites de cette définition : ils ne sont pas directement lisibles, sauf utilisation du dispositif approprié, et les champs magnétiques du disque magnétique ou les trous elliptiques du disque optique passent difficilement pour des graphismes. Un auteur français, H. Croze a synthétisé le malaise dans les termes suivants : « Il n'est pas aisé de dire jusqu'à quel

degré de dématérialisation l'on peut aller sans perdre la qualification d'écrit. Il semble que la nature du support (papier ou magnétique) soit un élément contingent. Mais, pour que l'on soit en présence d'un écrit au sens de l'article 1341 c.c., il faut au moins qu'une information soit enregistrée et qu'elle puisse être lue; il faut sans doute également qu'elle soit inaltérable et directement intelligible par l'esprit humain (donc non cryptée). C'est dire que, dans l'état actuel du droit positif, il ne semble pas possible de satisfaire à l'exigence d'une preuve écrite en produisant simplement le contenu des mémoires d'un ordinateur. »<sup>3</sup> Il est néanmoins possible de dépasser ce constat et d'essayer de donner un statut plus satisfaisant au document informatique. Il y a plusieurs manières de sortir de l'impasse.

La première méthode est de revoir la définition de l'écrit. Cette opinion est apparue à peu près à la même époque en Belgique et en France, sous la plume des professeurs Fontaine et Larrieu.<sup>4</sup> Ces auteurs proposent une définition extensive de l'écrit : « l'expression de la

\* Juge au Tribunal de Commerce de Mons. L'auteur remercie Didier Gobert pour ses remarques.

1. Ce n'est d'ailleurs pas le propre de la Belgique. L'écrit n'est défini dans aucun droit européen, mis à part le Code de procédure civile allemand. Voir : I. DE LAMBERTIE, « Preuve et signature : les innovations du droit français », *Cahiers Lamy Dr. Inf.*, 2000, K, p. 9.
2. R. MOUGENOT, *La preuve*, Bruxelles, Larcier, 2<sup>e</sup> éd., 1997, n° 79.
3. H. CROZE, « Informatique, preuve et sécurité », *Dall.* 1987, Chron., p. 169, n° 18.
4. J. LARRIEU, « Les nouveaux moyens de preuve : pour ou contre l'identification des documents informatiques à des écrits sous seing privé ? », *Cah. Lamy Dr. Inf.*, 1988, H, n° 5 s. ; M. FONTAINE, « La preuve des actes juridiques et les techniques nouvelles », in *La preuve*, UCL, 1987, p. 5 s. Voir aussi la définition proposée par W. VAN GERVEN (*Verbintenissenrecht*, Acco, 1988, p. 270) : « een geschrift is de uitdrukking van een taal die door middel van verschaanbare of vertaalkbare tekens gefixeerd wordt op een steun met relatieve duurzaamheid. » et celle de Y. POULLET (« Les transactions commerciales et industrielles par voie électronique. De quelques réflexions autour du droit de la preuve », in *Le droit des affaires en évolution. Le juriste face à l'invasion informatique*, Bruylant, Bruxelles, 1996, p. 53) : « l'écrit constitue un support stable et fiable sur lequel figurent des signes lisibles formant un langage. »

parole ou de la pensée par des signes»<sup>5</sup> ou encore «l'expression du langage sous la forme de signes apposés sur un support.»<sup>6</sup> On constate d'emblée les différences avec la définition classique donnée ci-dessus: on a évacué la référence expresse à la lisibilité et les graphismes ont été remplacés par des signes, concept beaucoup plus vague.

La seconde manière ne cherche pas à définir le concept (qu'est-ce qu'un écrit?) mais s'attache plutôt à identifier les fonctions de l'écrit (à quoi sert-il?). Sera considéré comme tel tout document qui remplit ces fonctions.

La théorie des équivalents fonctionnels est très présente dans la loi type adoptée en 1996 par la Commission des Nations-Unies pour le droit commercial international (C.N.U.D.C.I.).<sup>7</sup> L'objectif de cette loi type était de proposer aux États membres un ensemble de dispositions juridiques élaborées au niveau international de façon à ce que les principaux obstacles juridiques au commerce électronique soient éliminés. Elle a servi de modèle à beaucoup de législations ou projets de

législation sur l'écrit et la signature électronique.<sup>8</sup> La démarche adoptée est typiquement fonctionnelle. Les auteurs de la loi type se sont constamment référés aux situations juridiques connues dans le monde des documents papier pour imaginer comment de telles situations pourraient être transposées, reproduites ou imitées dans un environnement dématérialisé. Les dispositions de la loi type se sont donc constituées sur la base d'un inventaire des fonctions assurées, par exemple par l'écrit, la signature ou l'original dans les relations commerciales traditionnelles.<sup>9</sup>

L'optique fonctionnelle n'est pas non plus inconnue en Belgique. En effet le législateur s'y est référé dans ses projets de réglementation du statut de la signature électronique.<sup>10</sup>

Mais quelles pourraient être les fonctions de l'écrit? Selon l'exposé des motifs du projet de loi relatif à la signature électronique ainsi que la plupart des auteurs, elles sont au nombre de trois<sup>11</sup>:

- inaltérabilité: le document ne peut être modifié, volontairement ou

involontairement, par les parties ou par des tiers,

- lisibilité: les informations contenues doivent pouvoir être accessibles à la compréhension humaine grâce à un procédé approprié. Selon les auteurs de l'exposé des motifs, cette lisibilité peut être directe ou médiate (en utilisant le dispositif de lecture adéquat),
- stabilité: le contenu de l'écrit doit être fixé définitivement au moment de sa rédaction et doit pouvoir être conservé pour une consultation ultérieure.

Il n'est plus question du support. Même les adversaires de la théorie extensive reconnaissent que le support est contingent (voir l'opinion de H. Croze citée ci-avant). Le document informatique peut d'ailleurs changer de support, sans que son intégrité soit mise en cause, pour autant qu'un minimum de précautions soit pris. L'écrit ne peut non plus être lié à une technologie particulière de création ou de transmission. Ces principes ont été soulignés à plusieurs reprises par la jurisprudence française récente.<sup>12</sup>

La loi française sur la signature électronique envisage également une fonction supplémentaire: l'identification de la personne dont l'écrit émane.<sup>13</sup> Nous ne sommes pas convaincus de l'opportunité de cet ajout. D'une part, l'identification est une fonction typique de la signature et non de l'écrit.<sup>14</sup> D'autre part, cette

fonction ne se retrouve pas au niveau de l'écrit papier. Un écrit traditionnel, en lui-même, ne permet pas d'identifier son auteur si celui-ci n'a pas spécifiquement mentionné son identité ou ne l'a pas signé.<sup>15</sup>

Par contre, une constatation s'impose à l'énoncé des fonctions de l'écrit telles que décrites ci-dessus: l'écrit papier les remplit assez naturellement. Le support papier rend, en partie du moins, visibles ou décelables les modifications de l'original. Il est directement lisible et intelligible (pour autant que le langage utilisé soit compréhensible par le lecteur). Il est stable et se dégrade peu, même si on peut le détruire (encore que le papier thermique du téléfax ne soit pas très résistant à long terme). Le document informatique n'en rencontre qu'une: la lisibilité, pour autant qu'on accepte le recours à des procédés de lecture. Par contre il n'est pas inaltérable par nature: le fichier informatique non protégé peut être modifié à l'infini sans qu'apparaisse aucune trace des modifications. La condition de stabilité n'est pas non plus présente: le vieillissement physique de certains supports est mal connu.<sup>16</sup> Mais surtout, le vieillissement technologique est un fait évident. Pourra-t-on encore lire les données dans quelques années, lorsque les logiciels et dispositifs de lecture qui ont servi à les créer auront disparu?

Cependant le document informatique n'est pas pour autant condamné à rester hors des frontières de l'écrit.

5. J. LARRIEU, op. cit., n° 12.

6. M. FONTAINE, op. cit., p. 5.

7. 29<sup>e</sup> session: 28 mai-14 juin 1996. Le texte est publié dans M. VIVANT et C. LE STANC, *Lamy - droit de l'informatique*, Lamy, Paris, 2000, n° 2723. Il est également disponible sur Internet à l'adresse: <<http://www.uncitral.org/fr/index.htm>>

8. E. CAPRIOU, «Le juge et la preuve électronique», *Juriscron.net*, oct. 1999, p. 3, disponible à l'adresse suivante: <http://www.juriscron.net/universite/doctrine/article7.htm>

9. E. CAPRIOU et R. SORIEUL, «Le commerce international électronique: vers l'émergence de règles juridiques transnationales», *J.D.I.*, 1997, 3, p. 382.

10. L'historique du projet de loi modifiant le Code civil pour assurer la reconnaissance de la signature électronique en droit belge est assez tortueux. Un premier projet (2141/99) fut déposé à la Chambre le 14 avril 1999. Il sombra avec la fin de la législature et ne fut pas relevé de caducité. Un second texte fut déposé le 13 juin 2000, non pas sous la forme d'un projet de loi mais d'un amendement à une proposition de loi introduisant de nouveaux moyens de télécommunication dans la procédure judiciaire et extrajudiciaire (proposition 38/1/99 du 4 août 1999). L'exposé des motifs du projet 2141 est beaucoup plus étoffé que celui de l'amendement. Il fait explicitement référence à la théorie des équivalents fonctionnels: *Doc. Parl.* 2141/1 - 98/99, p. 14.

11. La référence du premier projet est: *Doc. Parl.* 2141/1 - 98/99, p. 7. La seconde version est: *Doc. Parl.* 38/006 - 99/00, p. 6. Voir aussi: E. DAVO, «Preuve et certification sur Internet», *R.D.C.*, 1997, p. 663; J. LARRIEU, op. cit., n° 17 et 18; E. MONTERO, «Internet et le droit des obligations conventionnelles», in *Internet sous le regard du droit*, J.B. Bruxelles, 1997, pp. 31 s. n° 15; Y. POULLET, op. cit., p. 54. Les travaux préparatoires de la loi type de la CNUDCI relèvent pas moins de 11 fonctions de l'écrit mais plusieurs d'entre elles se recoupent. On peut citer entre autres: constituer une preuve tangible de l'existence et de la nature de l'intention manifestée par les parties de se lier entre elles - avertir les parties à prendre conscience des conséquences de la conclusion du contrat - fournir un document lisible par tous, inaltérable et conserver en permanence la trace de l'opération - permettre la reproduction du document de façon à ce que chaque partie ait un exemplaire du même texte - permettre l'authentification des données au moyen d'une signature - assurer que le document se présente sous une forme acceptable par les autorités publiques et les tribunaux... Voir le guide pour l'incorporation dans le droit interne de la loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, n° 48, disponible à l'adresse Internet citée à la note 8.

12. Versailles, 12 octobre 1995, *R.T.D.civ.*, 1996, 172; Cass. Fr. Com., 8 octobre 1996, *R.T.D.civ.*, 1997, 137.

13. E. CAPRIOU, op. cit., p. 8. C'est également la position de la Cour de cassation française: «l'écrit (...) peut être établi et conservé sur tout support, y compris par télécopies, dès lors que son intégrité et l'imputabilité de son contenu à son auteur désigné ont été vérifiées, ou ne sont pas contestées.» Cass. Fr., 2 décembre 1997, *Dall.*, 1998, p. 192.

14. E. CAPRIOU, *Ibidem*, p. 9; A. PRÜM, «L'acte sous seing privé électronique: réflexions sur une démarche de reconnaissance», in *Mélanges Cabrilloc*, Paris, Litec, 1999, p. 265.

15. Ou alors il faut comprendre que le texte législatif confirme que l'écrit n'est revêtu d'une force probante élevée que sous la forme de l'acte sous seing privé. Même ainsi, la formulation nous paraît maladroite.

16. M. ANTOINE, M. ELOY et J.-F. BRAKELAND, *Le droit de la preuve face aux nouvelles technologies de l'information*, Bruxelles, Story-Scientia, 1991, p. 136.

La cryptographie permet de garantir qu'un message n'a pas été modifié<sup>17</sup>, de même que l'usage de codes d'accès à un document ou de supports à inscription irréversible (CD Rom, microfilms COM...) <sup>18</sup>. On peut aussi envisager que, pour les documents importants, le détenteur prenne la peine de conserver les instruments qui permettent sa lecture (software et hardware) et adopte les mesures nécessaires pour le maintien de l'intégrité du document. <sup>19</sup> À ces conditions, le document numérique pourra être considéré comme un écrit.

Cet examen amène donc à la constatation suivante: au regard de l'approche fonctionnelle, telle que définie ci-dessus, tous les documents informatiques ne sont pas des écrits. Ne peuvent revendiquer ce statut que ceux qui remplissent toutes les fonctions de l'écrit. Or ces fonctions ne sont pas naturellement rencontrées par l'informatique et supposent que le créateur du document prenne les mesures adéquates pour garantir l'irréversibilité et la stabilité du message. <sup>20</sup> Le problème ne se posera guère pour les documents informatiques portant une signature digitale, parce que ce mécanisme garantit l'absence de transformation du contenu (voir ci-dessus, n° 7) et remplit donc par principe les fonctions de l'écrit (avec cependant les doutes évoqués en ce qui concerne la durabilité des supports et des logiciels). Par contre, des difficultés sont

susceptibles d'apparaître au niveau des écrits non signés ou des commentaires de preuve par écrit: le document informatique non signé, dans cette conception, n'est pas un écrit s'il n'en remplit pas les fonctions et, en particulier, s'il n'offre pas de garantie contre les altérations de son contenu.

On peut cependant s'interroger sur la pertinence des fonctions de l'écrit énoncées plus haut. Non pas sur la lisibilité et la durabilité, car on envisagerait difficilement de qualifier d'écrit un document illisible ou inintelligible ou qui le deviendrait à brève échéance. Si on ne peut pas exiger de tout écrit qu'il subsiste durant des dizaines d'années, il faut à tout le moins qu'il reste lisible durant un délai suffisant pour qu'il remplisse ses fonctions. L'article 6 de la loi type de la CNUDCI parle à cet égard «d'accessibilité» des données, en précisant que le mot «accessible» implique qu'une information se présentant sous la forme de données informatisées doit être lisible et interprétable et que le logiciel qui pourrait être nécessaire pour assurer la lisibilité de telle information doit être préservé. <sup>21</sup> Par contre la fonction d'inaltérabilité, qui est la plus exigeante des trois, est davantage sujette à caution. Les auteurs de la loi type font observer à juste titre à ce sujet: «la notion d'inaltérabilité ne devrait pas être considérée comme inhérente à celle d'écrit, en tant que condition absolue, car un document écrit au

crayon pourrait néanmoins être considéré comme un «écrit» selon certaines définitions juridiques. <sup>22</sup> Compte tenu de la manière dont des questions telles que l'intégrité des données et la protection contre les risques de fraude sont traitées pour la documentation sur papier, un document entaché de fraude serait néanmoins considéré comme un écrit». <sup>23</sup> Cette position nous paraît assez raisonnable car elle est la plus proche du statut de l'écrit papier. En effet, l'impossibilité de modifier le message relève davantage de l'efficacité probatoire de l'écrit que de son essence. En définitive, les définitions extensives visées au numéro précédent font aussi, d'une certaine manière, référence aux fonctions de l'écrit. «L'expression du langage par des signes» renvoie à la lisibilité et «l'apposition sur un support stable» connote une certaine durabilité <sup>24</sup>. Deux des fonctions sont à tout le moins rencontrées. Mais, à nouveau, il n'est pas question de l'inaltérabilité du contenu.

En réalité, la fonction d'inaltérabilité est présente dans l'écrit classique mais à un autre niveau: elle est assurée par support. <sup>25</sup> Le papier protège dans une certaine mesure contre les modifications du contenu (les altérations sont toujours possibles mais nécessitent des moyens sophistiqués) et il les rend plus visibles. Dans un environnement électronique, le support devient secondaire et contingent.

Que deviennent alors les fonctions assurées par le support papier? Faut-il les intégrer à la définition de l'écrit, en rendant celle-ci plus restrictive que celle de l'écrit traditionnel?

La démarche n'est donc pas innovante: suivant que l'on adopte une vision plus ou moins extensive des fonctions de l'écrit, les documents constitués de données informatisées pourront être tour à tour inclus ou exclus de cette notion. L'exemple du courrier électronique ordinaire, c'est-à-dire non signé, est à cet égard assez parlant: il ne présente aucune garantie d'absence d'altération. Si on considère que l'inaltérabilité est de l'essence de l'écrit, l'e-mail n'est pas un écrit car son contenu peut être modifié avant, pendant et après la communication. Si on exclut la fonction d'inaltérabilité ou si, à tout le moins, on ne lui donne pas un caractère absolu, comme le suggère la loi type de la CNUDCI, le courrier électronique redevient un écrit. Manifestement, la matière n'est pas claire et mérite un traitement par le législateur.

À cet égard, force est de constater que le droit français et le droit belge ont opté pour des voies très différentes.

En France, la loi du 13 mars 2000, portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique <sup>26</sup>, a mélangé les deux approches: elle donne tout d'abord une définition de l'écrit,

17. Après la rédaction du message, l'ordinateur de l'émetteur lui applique une fonction mathématique appelée «fonction de hachage irréversible» (one-way hash function), qui crée une sorte de résumé du texte (l'empreinte électronique ou «digest»). Ce résumé est crypté et expédié en même temps que le message. Après décryptage, le destinataire utilise à son tour la fonction de hachage pour créer une empreinte du message reçu. La comparaison entre l'empreinte transmise par l'émetteur et l'empreinte du message reçu permet d'indiquer si celui-ci a été modifié en cours de transmission.
18. Même les supports informatiques réputés irréversibles n'apportent pas une garantie absolue d'absence d'altération: si le support choisi ne permet qu'un enregistrement unique et définitif des données, celles-ci pourront toujours être modifiées et travesties lors de la lecture ou de l'impression. Voir: L. PAULIAC, «Numérique, la diagonale du faux», *Gaz. Pal.*, 1997, *Doctr.*, p. 8 s. En tout état de cause, l'écueil disparaît si le support est remis directement au magistrat dans le cadre d'une procédure en justice et que celui-ci procède lui-même à la lecture.
19. Les données stockées sur un disque magnétique se conservent mieux si on les lit de temps en temps.
20. X. LINANT DE BELLEFONDS, «L'Internet et la preuve des actes juridiques», *Expertises*, 1997, p. 225 s.
21. Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la loi type, *op. cit.*, n° 50.

22. C'est le cas d'une très vieille décision française: Aix, 27 janvier 1846, *D.P.*, 1846-2-230. La Cour de cassation française vient de réaffirmer le principe dans un arrêt fort remarqué du 8 octobre 1996 (voir *R.T.D.civ.*, 1997, p. 137, note MESTRE) Adde: A. PRÜM, *op. cit.*, p. 267. En droit belge, voir: H. DE PAGE, *Traité*, t. III, 3<sup>e</sup> éd., n° 777; R. DEKKERS, *Précis*, t. II, n° 656, R. MOUGENOT, *op. cit.*, n° 100.
23. Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la loi type, *op. cit.*, n° 49.
24. La définition de J. LARRIEU, qui est la plus large de toutes, ne parle même pas du support. Par ailleurs, cet auteur ajoute également que «le caractère effaçable de l'inscription n'a pas l'importance qu'on croit: toute écriture, même gravée dans l'airain, peut être détruite par une intervention humaine.», *op. cit.*, n° 17. S'il porte ultérieurement de l'immutabilité de l'écrit, c'est par opposition à la fugacité du témoignage humain, *ibidem*, n° 18.
25. M. ANTOINE et D. GOBERT, «Pistes de réflexion pour une législation relative à la signature digitale et au régime des autorités de certification», *R.G.D.C.*, 1998, pp. 285 s., n° 4; D. GOBERT et E. MONTERO, «La signature dans les contrats et les paiements électroniques: l'approche fonctionnelle», in *Commerce électronique, le temps des certitudes*, Cahiers du CRID, n° 17, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 53 s., n° 22.
26. Loi 2000-230 - J.O. 14 mars 2000, disponible sur Internet à l'adresse: <[http://www.legifrance.gouv.fr/html/frame\\_jo.html](http://www.legifrance.gouv.fr/html/frame_jo.html)>.

dont elle restreint ensuite la portée en se référant au principe des équivalents fonctionnels. Elle insère les articles suivants dans le Code civil français :

« Art. 1316 – La preuve littérale ou preuve par écrit, résulte d'une suite de lettres, de caractères, de chiffres ou de tous autres signes et symboles dotés d'une signification intelligible, quels que soient leur support et leurs modalités de transmission.

Art. 1316 – 1 – L'écrit sous forme électronique est admis en preuve au même titre que l'écrit sur support papier, sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité. »

D'une part, la loi donne une définition de l'écrit dans l'article 1316. Il s'agit d'une définition large, assez similaire à celles que nous avons relevées au numéro précédent. Elle est susceptible de s'appliquer sans difficulté au document informatique.

Par contre l'article 1316-1 traite de la recevabilité de l'écrit informatique comme moyen de preuve. En effet, bien qu'il soit reconnu comme écrit, l'écrit informatique ne sera pleinement assimilé à l'écrit papier que pour autant qu'il remplisse certaines des fonctions de l'écrit identifiées ci avant : l'inaltérabilité et la durabilité. La loi ajoute une caractéristique supplémentaire : la personne dont il émane soit pouvoir être identifiée. Nous avons indiqué plus haut que cette référence nous semblait discutable.

La démarche adoptée par le législateur français paraît être le signe de

ce que l'approche fonctionnelle est difficile à évacuer : après avoir adopté une définition à large spectre, la loi rétrécit le champ, au niveau de la recevabilité de la preuve informatique, en se référant aux fonctions de l'écrit.

Le législateur belge n'a pas voulu définir la notion d'écrit, en se fondant sur le fait que la doctrine et la jurisprudence récentes tendent à admettre une acception large de l'écrit.<sup>27</sup> Le projet de loi ajoute que l'introduction dans notre droit de la signature électronique ne modifie en rien tous les autres textes qui exigent un écrit, soit à titre de formalité, soit à des fins probatoires.<sup>28</sup> L'exposé des motifs précise que, dans la plupart des cas, ces règles de droit imposeront des obligations supplémentaires, lesquelles pourront souvent être remplies uniquement si on travaille avec des documents papier.

On peut citer à titre d'exemple : le testament holographe qui doit être de la main du testateur, la réglementation sur le chèque, le billet à ordre et la lettre de change, la règle de l'article 1326 C.civ. qui impose la mention manuscrite « bon pour » etc.<sup>29</sup>

La prudence du législateur fait écho à l'avis de certains auteurs, qui considèrent qu'une définition légale de l'écrit est inopportune : « une définition ouverte et fonctionnelle de la signature devrait suffire sans qu'il soit nécessaire d'inscrire une définition de l'écrit dans la loi. En effet, si le législateur admet que de nouvelles formes de signatures puissent constituer une signature au sens du Code civil, a fortiori admettrait-il une évolution du concept d'écrit, la signature électronique ne pouvant être

relative qu'à un écrit électronique. »<sup>30</sup> Cela étant, l'absence de définition de l'écrit ne va pas sans poser de problème. Nous avons indiqué qu'un débat peut s'instaurer au niveau même de la détermination des fonctions de l'écrit, suivant que l'on y intègre ou pas la fonction d'inaltérabilité du document. Nous avons exposé que la conception de la CNUDCI nous paraissait la plus proche des fonctions de l'écrit traditionnel. Il n'en reste pas moins que le législateur peut parfaitement décider d'opter pour une définition stricte de l'écrit, reprenant cette fonction d'inaltérabilité, pour limiter le risque de fraude liée à l'utilisation de l'informatique mais, en cela, il dépasserait le cadre des fonctions remplies par l'écrit papier. C'est l'option prise par le législateur français.

Il y a cependant une manière plus élégante de contourner l'écueil. En effet, il n'est pas nécessaire de renforcer le statut traditionnel de l'écrit en le rendant plus exigeant. Il suffit de préciser que la garantie d'inaltérabilité du document est une condition de recevabilité de l'acte sous seing privé électronique et non une fonction de l'écrit électronique. Pour rappel, l'acte sous seing privé est, avec l'acte authentique, la clef de voûte de la preuve littérale (par écrit). C'est à ces actes que fait référence l'article 1341 C.Civ., lorsqu'il dispose que l'on ne peut prouver contre ou outre un écrit. L'acte sous seing privé se fonde sur deux éléments : l'écrit et la signature.<sup>31</sup> Donc, notre suggestion tend à faire glisser l'exigence d'inaltérabilité du document au niveau supérieur : elle passe du niveau de l'écrit, qui est un des com-

posants de l'acte sous seing privé, à celui de l'acte sous seing privé lui-même.

Pour la formulation, on peut s'inspirer de l'article 1316-1 de la loi française, en substituant le terme « acte sous seing privé » à celui d'écrit. Le texte devient alors : « l'acte sous seing privé en forme électronique est admis en preuve au même titre que l'acte sous seing privé sur support papier, sous réserve qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité. » C'est alors au niveau de l'acte sous seing privé qu'il convient de se placer pour vérifier si le document est protégé contre les modifications et non au niveau de l'écrit ou de la signature. Cette formule présente plusieurs avantages. D'une part, elle respecte les fonctions de l'écrit telles que nous les avons dégagées. D'autre part, elle laisse une entière liberté aux parties quant aux moyens adéquats pour garantir l'absence de modification du document. En effet la garantie d'inaltérabilité dans un environnement électronique peut être assurée par différents procédés : par la signature, si on opte pour la signature digitale ou un procédé équivalent, par le support (les supports dits irréversibles, tels les CD) ou par un logiciel (on peut envisager un traitement de texte qui figerait le texte lorsque celui-ci est définitif).

Alors une définition de l'écrit dans le Code civil est-elle nécessaire ? Oui, pour couper court aux controverses évoquées plus haut mais elle doit être la plus large possible. On peut s'inspirer à cet égard des définitions données par les auteurs.<sup>32</sup> Par ailleurs, compte tenu des risques d'altération du contenu du docu-

27. Voir exposé des motifs de la première version du projet : Doc. Parl. 2141/1 – 98/99, p. 17. La seconde version ne définit toujours pas l'écrit mais l'exposé des motifs n'est pas aussi explicite que le précédent. Voir à ce sujet : D. GOBERT, « La sécurisation des échanges par la reconnaissance de la signature électronique : condition d'existence des réseaux d'avocats », in *Multimédia – le cyberavocat*, CUP, vol. XXIX, févr. 1999, p. 173 ; P. VAN EECKE, « Bewijsrecht en digitale handtekeningen : nieuwe perspectieven », in *Le droit des affaires en évolution : le commerce électronique*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 235.

28. Doc. Parl. 2141/1 – 98/99, p. 15.

29. Doc. Parl. 38/008 – 99/00, p. 29.

30. M. ANTOINE et D. GOBERT, op. cit., n° 4.

31. R. MOUGENOT, op. cit., n° 99 s. ; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, Bruxelles, Larcier, 1991, n° 487 s.

32. *Supra*, n° 2.

ment que présente l'informatique, il nous paraît opportun de préciser que l'acte sous seing privé électronique ne sera reçu comme preuve littérale que s'il

offre des garanties suffisantes d'absence de modification de son contenu, tant lors de sa rédaction qu'ultérieurement.